

A Colisão entre o direito fundamental à moradia e o meio ambiente equilibrado: a proporcionalidade como exame de constitucionalidade das normas infraconstitucionais

*João Claudio Faria Machado**

*Fernanda de Carvalho Lage***

* Advogado. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Unisal, São Paulo, Brasil. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - SP. Contato: joacfmachado@gmail.com

** Professora Universitária do Curso de Direito no Centro UNISAL - U.E. Lorena/SP, Brasil. Professora assistente da coordenação do curso de Direito - UNISAL/Lorena. Mestranda em Direitos Sociais, Econômicos e Culturais pelo Centro Unisal, São Paulo Brasil. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL) - U.E. Lorena. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário. Advogada. Contato: fe.lage22@gmail.com

Resumo

Conforme prescrito pela Constituição Federal de 1988, o direito à moradia e ao ambiente ecologicamente equilibrado são direitos fundamentais que *prima facie* não entram em conflito, posto que a redação da norma constitucional é genérica e sem qualquer limitação, proporcionando uma área de proteção que encontra limites na norma infraconstitucional. A colisão dos direitos fundamentais suscita-se a partir deste adensamento normativo, que terá sua validade passada pelo crivo de um exame de constitucionalidade baseado em análise sistemática da Constituição e o exame da proporcionalidade. Neste liame, objetiva o artigo demonstrar a forma de solução da colisão entre os direitos, baseados em definidas etapas que fundamentarão a prevalência de um direito sobre outro de forma proporcional, no intuito da limitação imposta ser a menor possível.

Palavras-chave: Direito à moradia, direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, direitos fundamentais, colisão de direitos.

Abstract

As prescribed by the the 1988 Federal Constitution, the right of habitation and of ecologically balanced environment are fundamental rights which in a first view they don't enter in conflict, that happens because the wording of the constitutional norm is generic and without any limitation by providing a protected area that has limits in the infra norms. The collision of fundamental rights raises up from this normative density, which will have its validity analyzed in an examination of constitutionality based on systematic analysis of the Constitution and the examination of proportionality. In this bond, the article aims to demonstrate the solution form of the collision between the rights, based on defined steps that will explain the prevalence of a right over another, in a proportional form, in order of the limitation to be the lowest possible.

Keywords: Right to housing; Right to an ecologically balanced environment; Fundamental Rights;

Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 6º o direito à educação, a saúde, a alimentação, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, tidos eles como Direitos Sociais, quais estão sob a égide do Título II, que estabelece os Direitos e Garantias Fundamentais.

Embora exista um capítulo expresso sobre os Direitos Fundamentais, não se deve considerar qualquer limitação topográfica como definidora ou limitadora de tais direitos. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se sob o VIII Título – da Ordem Social - e ainda assim não há dúvidas de que se trate de um direito fundamental.

Em abstrata e isolada análise, o direito fundamental à moradia e ao ambiente ecologicamente equilibrado não suscitam conflitos quando postos como objetivos a serem perscrutados; não há colisão direta entre eles pela prescrição constitucional. A própria área de proteção do direito fundamental não traz nenhum limite, constituindo-se por uma redação genérica mas não menos efetiva.

O adensamento normativo decorrente de uma matriz de direito fundamental poderá vir a suscitar a colisão entre direitos fundamentais.

A colisão entre direitos fundamentais decorrente de uma norma infraconstitucional deve suscitar o questionamento acerca de sua constitucionalidade, que apenas será possível identificar a partir de critérios definidos.

Nestes casos, dever-se-á verificar a área de regulamentação e a área de proteção dos direitos fundamentais para primeiro definir a real existência de uma colisão, para que, posteriormente, com base na análise sistemática da Constituição Federal e a aplicação do critério da proporcionalidade, definir acerca da Constitucionalidade da norma e sua efetividade.

A colisão dos direitos fundamentais à moradia e ao ambiente ecologicamente equilibrado ocorrem, portanto, em decorrência do adensamento normativo, qual deverá passar, quando necessário, por critérios de solução, afastando qualquer discricionariedade ou invasão da competência legislativa.

1. A colisão entre direitos fundamentais. Métodos de solução

Em sede positivista, os direitos fundamentais encontram-se prescritos de forma explícita na Constituição, aceitando-se, ainda, em seus termos, direitos outros implícitos, “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹

Neste sentido, o título II da Carta Constitucional figura sob preceito “dos Direitos e Garantias Fundamentais”, desenvolvido em 5 capítulos: (1) dos direitos e deveres individuais e coletivos; (2) dos direitos sociais; (3) da nacionalidade; (4) dos direitos políticos; (5) dos partidos políticos. Não obstante, os direitos fundamentais não se limitam apenas às posições topográficas da Constituição sob o título mencionado - do artigo 5º ao 17 -,

1 Constituição Federal de 1988, artigo 5, §2º.

posto que do contrário se estaria a suprir outros direitos que são classificados como fundamentais; a título exemplificativo, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se disposto fora do título dos direitos e garantias fundamentais e nem por isso é tido como não fundamental.

A relevância dos direitos encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, no sentido de que, em termos gerais, sua efetivação satisfaz parte do somatório de variáveis que formam a dignidade, ou seja, alguns dos direitos fundamentais exteriorizam fatores da dignidade. Sarlet trata da relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais:

Neste contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações de dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.²

Fundamenta ainda os direitos fundamentais o conceito de Estado de Direito, prescrito no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal, qual, em termos gerais, preceitua obediência às disposições legais, em contraposição ao Estado Absolutista, em que a concentração de poder e a insegurança jurídica (em razão da falta de limites) não permitiam a compreensão hoje possível de direitos e garantias fundamentais:

O Estado democrático de direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado *princípio democrático*, ao afirmar que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*.³

Disto, verifica-se as vertentes do direito fundamental, como direito de resistência (*status negativus*) – proteção do indivíduo a intervenções -; direitos prestacionais ou sociais (*status positivus*) – “relativos às ações que o Estado deve adotar para atender o preceito

2 SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 109.

3 MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. p. 61.

fundamental”⁴, ou seja, possibilidade dos indivíduos exigirem que o Poder Público atue de forma a garantir ou possibilitar condições de acesso aos direitos -; e, por fim, os direitos políticos (*status activus*) – como direito de participação política, direito de votar e ser votado.

Os direitos fundamentais figuram como um direito de essencial relevância sobretudo para a persecução da efetividade da dignidade da pessoa humana. *Prima facie*, em perspectiva isolada, os direitos fundamentais figuram como um direito de essencial relevância para com aquilo que deve prevalecer, sobretudo quando atentado para a íntima relação com que os direitos fundamentais guardam com a dignidade da pessoa humana. Quando ocorre choque dos direitos fundamentais entre si, porém, a determinação daquele que deve prevalecer ante outro não se demonstra com a clareza gerada em perspectiva isolada.

Deste modo, o estabelecimento de critérios e fundamentos para a solução de conflitos é essencial para sua própria efetividade e garantia da razão de ser, condição depreendida do conceito de direitos fundamentais bem definido por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.⁵

Como a finalidade dos direitos fundamentais é limitar o exercício do poder estatal de forma positiva ou negativa em face da liberdade individual, o não estabelecimento de critérios e fundamentos para a solução de conflitos, mesmo em sede do Poder Judiciário, vai de encontro com a própria finalidade dos direitos fundamentais, visto que a decisão sem fundamento baseado nas disposições legais conforme critérios aceitos provocaria não apenas insegurança jurídica mas uma via de contorno da limitação do Estado proposto pelo direito fundamental no intuito de resguardo de direitos.

Como primeiro passo para a solução dos conflitos, seguindo ainda os entendimentos de Dimoulis e Martins, é essencial a definição da área de regulamentação e o que efetivamente dela é protegido.

A área de regulamentação consubstancia-se sob dois elementos. O primeiro diz respeito ao ato, fato ou coisa estabelecido como direito fundamental, o elemento central, o objeto do preceito. O segundo, cuida da forma com que o objeto é tratado.

4 GEBRAN NETO, João Pedro. Direito a prestações materiais e a efetividade da tutela jurisdiccional.

5 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

Tem-se, assim, a título exemplificativo, a proteção à residência ou domicílio do indivíduo, qual não poderá ser violada e nem nela entrar sem o consentimento do morador.⁶ Segue o inciso excetuando a inviolabilidade em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial. A inviolabilidade da casa, portanto, não é um direito sem restrição, posto haver limite e exceções.

Neste ponto figura a área de proteção, que poderá ser tanto menor que a área de regulamentação se previsto expressamente, como também no mesmo contorno da área de regulamentação, sem qualquer restrição.

No caso do exemplo citado, as restrições ficam de fora da área de proteção, qual envolve apenas a inviolabilidade da morada; no caso o direito fundamental protegido é a inviolabilidade da casa.

A importância da área de regulamentação e de proteção para a solução do conflito entre direitos fundamentais baseia-se no fato de ser uma primeira etapa que pode ser classificada como de verificação. É de essencial análise para verificar se aquilo tido como colisão de direitos fundamentais realmente se encontram na área de proteção de tais direitos, gerando, assim, de fato o conflito.

Essa distinção possui uma importância capital para o operador jurídico, pois em caso de conflito não é suficiente alegar a regulamentação constitucional de um direito. O primeiro filtro pelo qual deve “passar” o exame de um direito fundamental é a constatação dos exatos limites da área de proteção do direito para saber se o titular de um direito constitucionalmente regulamentado está também protegido, já que a garantia, por exemplo, do sigilo das comunicações telefônicas não significa que sempre e todas as comunicações são constitucionalmente tuteladas.⁷

Constatado que a colisão é efetiva e de direitos fundamentais, a posterior etapa exige o uso de instrumentos de solução:

As principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas. Em primeiro lugar, a *interpretação sistemática da Constituição*, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu.

A segunda ferramenta é o critério da *proporcionalidade* (...).⁸

6 Constituição Federal de 1988, 5º, XI.

7 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 133.

8 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 162.

Duas são, portanto, as ferramentas utilizáveis para solucionar os casos em que se constata que áreas de proteção de direitos entram em colisão: a interpretação sistemática da Constituição e o uso do critério da proporcionalidade.

Em vista de beneficiar a compreensão, as mencionadas ferramentas serão explicitadas em vias de solução da colisão de direitos fundamentais.

2. Colisão entre os direitos sociais: o direito à moradia e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Adensamento normativo. Constitucionalidade

Incluído na redação do artigo 6º da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia passou a fazer efetivamente parte do rol dos direitos fundamentais, sob a égide dos direitos sociais, em perfeita consonância com as demais disposições Constitucionais que, inclusive, limitam o direito de propriedade fundamentado em sua função social em prol do direito à moradia de terceiro – artigo 183 da CF/88 que dispõe sobre o usucapião de área urbana e o artigo 191 que trata do usucapião de área rural.

De estrita relação com a efetividade da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à moradia por vezes se choca com o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, prescrito no artigo 225 da Constituição Federal - “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Inter-relacionado também com a efetividade da dignidade da pessoa humana, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado possui tamanha relevância a ponto do legislador constituinte prescrever como dever, não como faculdade, do Poder Público e da coletividade, portanto, responsabilidade compartilhada, sua proteção e defesa para as presentes e futuras gerações. Prescreve também o legislador constitucional ponto de maior consideração para a essencialidade do ambiente: a sadia qualidade de vida.

Como primeira etapa para a solução do aparente conflito, que não se poderá dar por efetivo sem antes traçar a área de colisão, necessário se faz traçar a área de regulamentação e proteção de cada direito.

O artigo 6º da Constituição, ao prescrever que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” não estabelece nenhum limite ao direito à moradia, trata-a de forma genérica. A área de proteção se faz nos mesmos termos da área de regulamentação.

Por sua vez, prescreve o artigo 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, tendo como área de regulamentação, portanto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não traz a disposição legal nenhuma restrição ao direito, tendo, assim, a área de proteção semelhante à área de regulamentação.

Desta forma, embora em isolada análise as áreas de proteção dos direitos fundamentais analisados não sejam colidentes, o choque entre eles ocorre em razão de restrições ou limitações impostas pela norma infraconstitucional. Em razão de uma maior proteção ou especificação do direito fundamental cria-se imposições restritivas / limitantes para outro. A solução desta celeuma ocorre pelo exame de constitucionalidade baseado na interpretação sistemática da Constituição Federal e a aplicação do critério da proporcionalidade.

Quanto à interpretação sistemática, o preâmbulo fornece importantes elementos que demonstram a toada das disposições constitucionais: a instituição de um *Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*. Portanto, o exercício dos direitos sociais e individuais é assegurado como razão de um Estado Democrático de Direito. Contudo, convém colacionar os ensinamentos de Sarlet sobre a força jurídica do preâmbulo:

Em síntese, o que se pode afirmar é que tanto a doutrina dominante, quanto a jurisprudência do STF mais recente, ainda que não atribuam ao Preâmbulo caráter meramente político e programático, no sentido de lhe refutar qualquer tipo de expressão normativa, negam às disposições do preâmbulo força jurídica autônoma e direta, de modo que o preâmbulo não poderá servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade e nem opera como fundamento autônomo de direitos e obrigações. Assim, como já se teve a oportunidade de constatar, a orientação majoritária na doutrina e atualmente em vigor no STF, admite que o preâmbulo tenha eficácia normativa indireta e não autônoma, como parâmetro auxiliar para a interpretação e aplicação do direito e argumento adicional para a fundamentação de decisões judiciais.⁹

Conforme aduzido, embora o preâmbulo não tenha força normativa, perfeitamente é possível utilizá-lo como instrumento de interpretação e aplicação de normas, sobretudo em vias de análise sistemática, ou seja, “como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem”¹⁰

9 SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 67.

10 MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 57.

A seguir, sob título dos princípios fundamentais, o artigo primeiro prescreve como fundamento da República a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo política. Sobre a importância de tais prescrições, também Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal. Em outras palavras, de acordo com a lição de Jorge Reis Novais, no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.¹¹

Do exposto, conclui-se que as disposições constantes no artigo servem como critério de interpretação da norma legal e, sobretudo, e de maior importância, como razão de ser do Estado, ou seja, como finalidade a ser prescrita pelo Estado direta e concretamente, devendo ser protegido e promovido todos os elementos que perfazem a constituição da dignidade da pessoa humana, esta possível de ser entendida como um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa condições mínimas para uma vida saudável, para sua própria manutenção e que ofereça oportunidade de desenvolvimento. Nesta monta os direitos sociais (capítulo III da CF/88), que no artigo 6º da Constituição prescreve os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Entrelaça-se ainda à dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, visto, conforme disposição expressa do artigo 225, ser essencial à sadia qualidade de vida, portanto, necessário para a efetividade de determinados direitos sociais, como o direito à vida.

Considerando, portanto, os direitos sociais e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado – direitos fundamentais, e a razão de se congregarem sob um Estado a fim de prescrever a efetividade de direitos, e por via reflexa a dignidade da pessoa. Noutras palavras, a Constituição Federal de 1988 aporta nos direitos sociais e ambientais a finalidade

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 80.

direta do Estado em efetivá-los e reguardá-los, fornecendo, assim, os elementos fundacionais de um Estado Socioambiental:

Com base na abordagem da proteção ambiental a partir da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, identifica-se uma *dimensão ecológica* a conformar (juntamente com as dimensões social, histórico-cultural etc.) o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da correlata garantia do que passou a se designar de um mínimo existencial. A degradação ambiental e todos os demais riscos ecológicos (como, por exemplo, a contaminação química e o aquecimento global) que operam no âmbito das relações sociais (agora socioambientais!) contemporâneas comprometem significativamente o bem-estar individual e coletivo. De tal sorte, objetiva-se enfrentar alguns aspectos vinculados a tais questões, inserindo a proteção do ambiente na teia normativa construída a partir dos direitos (e deveres) fundamentais, do princípio da dignidade (da pessoa) humana, assim como dos demais princípios estruturantes do que se pode designar de um Estado Socioambiental de Direito.¹²

Estabelecida em apertada síntese as diretrizes gerais que devem nortear a interpretação sistemática da Constituição Federal, convém aduzir acerca do critério da proporcionalidade, visto ser o próximo ponto de aplicação para solução de conflito.

Diante da colisão de direitos fundamentais, em que impossível é a concomitância dos direitos sem que um se limite diante da prevalência, mesmo que momentânea, do outro, a aplicação do critério da proporcionalidade, qual se deve ter por base, é a de limitar o menos possível um direito para a aplicação do outro, devendo-se ocorrer apenas nos termos estritamente necessários para a efetividade do prevalecente.

Vedar-se-ia, desta forma, o desinteressante precedente de excessos na limitação de um direito em favor de outro qual se perfazeria envolto à discricionariedade do aplicador sem o estabelecimento de critérios.

Exatamente neste ponto reside a razão da não aplicação do critério da ponderação sem critérios, posto que, do contrário, estar-se-ia permitindo preceituar abstratamente a valoração de um direito fundamental como sobreposição natural ou à merce da discricionariedade sem fundamentação; além de ensejar insegurança jurídica pela falta de parâmetros, poder-se-ia estar avançando sobre a competência legislativa.

Ao contrário deste tipo de ponderação, o critério da proporcionalidade estabelece relação entre meio e fim:

Relação entre meio e fim – A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da fundação

12 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio.¹³

A elementaridade do meio deve ser medido para o fim a que visa, concretamente, como muito bem é tratado por Dimoulis e Martins em seus quatro passos para o exame da proporcionalidade.

O primeiro trata da licitude do propósito perseguido, ou seja, se aquilo disposto na pretensão de intervenção do direito fundamental, mais especificamente de sua área de proteção, é tido como legal ou ilegal em confronto com outro direito.

O segundo passo trata da licitude do meio utilizado, “a avaliação da idoneidade apriorística ou isolada do meio empregado em relação à sua licitude”¹⁴. A forma empregada para se atingir o determinado fim não pode ser uma transgressão às disposições constitucionais, mesmo que o fim visado seja lícito.

O próximo passo consiste na verificação da adequação do meio utilizado com o fim pretendido, de modo que adequação os possibilita ser proporcional:

Adequado será um meio se houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado. Todos os meios empregados pelo Estado e que não implicarem essa conexão empiricamente comprovável são considerados desproporcionais e, por via de consequência, inconstitucionais.¹⁵

A adequação, portanto, guarda estrita relação de dependência com o resultado empírico prescrito, com a efetividade do fim previsto. Nos casos fáceis, a demonstração da possibilidade ou potencialidade do resultado pode advir de dados estatísticos, experiências práticas anteriores ou outro meio fundamentado em fato, devendo, contudo, ser guardadas as devidas relativizações possíveis no que se refere à cultura, educação e influências outras que, a depender do pretendido, seriam tratados como casos difíceis, quais, quando da não existência de comparativos, possibilitam que sejam analisados expectativas baseadas em indícios.

O quarto e último passo, por fim, visa analisar a necessidade do meio utilizado para o fim buscado e, ainda, se ele é o único meio proporcional para atingi-lo. A comparação do meio pretendido com outro deve satisfazer duas condições essenciais, segundo Humberto

13 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 174.

14 DIMOULIS, p. 191.

15 Ibidem, 194.

Ávila: (a) se o meio alternativo limita em menor grau o direito restringido; (b) se o meio alternativo é igualmente eficaz ao meio primariamente comparado.

O meio necessário deve ser aquele adequado que alcança o fim determinado de forma menos gravosa àquele que sofre limitação de direito. Deve ser, portanto, (1) menos gravoso para aquele que sofre limitação e (2) adequado como, ou mais, outro meio mais gravoso.

A interpretação sistemática da Constituição em conjunto com o exame de proporcionalidade possibilita a verificação se a norma infraconstitucional estatui-se em conformidade com os termos constitucionais:

(...), a proporcionalidade não é analisada aqui nem deveria ser entendida no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais como uma regra de equidade, prudência, ponderação, reciprocidade, moderação, bom senso ou equilíbrio, mas tão somente como um instrumento juridicamente configurado e delimitado para analisar problemas de constitucionalidade de atos infraconstitucionais.¹⁶

A validade da norma passa pelo crivo da Constitucionalidade conforme os exames apropriados para a solução da colisão; não sendo inconstitucional, a aplicabilidade da norma não fere o direito fundamental limitado.

A Constituição Federal de 1988, como visto, não traz qualquer colisão entre os direitos fundamentais analisados – direito à moradia e direito ao ambiente ecologicamente equilíbrio -, de forma que as colisões entre eles são suscitadas pelas normas infraconstitucionais, quais merecem ser examinadas para se verificar se as restrições impostas a determinado(s) direito(s) fundamental(is) são legalmente possíveis.

O grande paradoxo é justamente este: apesar de serem os valores mais importantes [os direitos fundamentais], ocupando o ponto mais alto da hierarquia jurídica, eles podem ser restringidos caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais.¹⁷

A título exemplificativo de restrição imposta por norma infraconstitucional, a lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, também conhecida como Código Florestal, prescreve no artigo 3º, inciso II, que deve ser entendido como área de preservação permanente – APP - aquela “protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”. As APPs são áreas protegidas que devem guardar as características naturais necessárias para realizar as funções ambientais

¹⁶ Ibidem, p. 181.

¹⁷ MARMELSTEIN, p. 372.

delas esperadas, e tão necessária para a proteção e defesa do ambiente e manutenção do equilíbrio ambiental.

O fato de a área dever ser protegida e preservada para que realize suas importantes funções cria, de certa forma, restrição ao direito à moradia, posto que no mesmo local não poderá ser exercido plenamente. Isto porque a área de proteção do direito à moradia possui o mesmo amplitude que a área de regulamentação, de modo que não há nenhuma restrição em sua prescrição Constitucional. A norma infraconstitucional quando preceitua que em determinada área não poderá ser utilizada para absolutamente nada que não sua própria função, restringe a amplitude do direito fundamental à moradia em benefício do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. O direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, cuja área de proteção é similar à área de regulamentação, e que não possui também qualquer restrição em sua disposição, em adensamento normativo se faz garantido pela prescrição da proteção da determinada área, que acaba por se colidir com o direito à moradia e suscitar dúvida sobre sua constitucionalidade.

Em análise da interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, a importância do ambiente evidencia-se por sua essencialidade para a sadia qualidade de vida, impondo inclusive a responsabilidade compartilhada do dever de proteção e defesa entre Poder Público e coletividade, qual, ainda, se inter-relaciona com os direitos sociais. Quando outros direitos fundamentais sofrem limitação em razão de uma maior proteção do direito ao ambiente, deve, portanto, ser levado em conta este caráter de transversalidade que possui.

Ademais, as normas ambientais possuem a perspectiva transcendental de tempo e espaço, pois, se tratando de bem difuso, seus reflexos importam às gerações futuras e seus efeitos não se restringem apenas ao indivíduo de determinado local, mas afetam direta ou indiretamente a toda uma coletividade não adstrita a ele. O caráter difuso possibilita o entendimento de que os interesses individuais devem ficar abaixo de um benefício coletivo, posto sobretudo ao fato de não titularidade do direito ambiental e o dever compartilhado de proteção e defesa. São fatos que devem ser considerados quando da análise de pretensões que de certa forma buscam conceder concessões de direitos.

Ao visar proteger a APP, a disposição legal está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, que visa proteger e defender o ambiente. As funções da APP asseguram as razões de sua proteção, sendo o meio adequado para o resguardo ambiental a que visa como por exemplo a preservação dos recursos hídricos. Como o fim buscado é a preservação ambiental e a principal forma de concretizá-lo é com a existência de APP nas condições naturais necessárias, sua proteção é o meio adequado para se chegar ao fim determinado, sendo proporcional a limitação de determinada faixa de solo e, assim, proporcional a limitação do direito fundamental à moradia.

A disposição normativa é, portanto, proporcional ao fim visado, de modo que a limitação de outro direito fundamental não acarreta qualquer questionamento de constitucionalidade. A jurisprudência nacional vai ao sentido da aplicação da proteção ambiental:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MATA ATLÂNTICA. RESERVATÓRIO BILLINGS. LOTEAMENTO CLANDESTINO. ASSOREAMENTO DA REPRESA. REPARAÇÃO AMBIENTAL.

1. A destruição ambiental verificada nos limites do Reservatório Billings – que serve de água grande parte da cidade de São Paulo –, provocando assoreamentos, somados à destruição da Mata Atlântica, impõe a condenação dos responsáveis, ainda que, para tanto, haja necessidade de se remover famílias instaladas no local de forma clandestina, em decorrência de loteamento irregular implementado na região.

2. Não se trata tão-somente de restauração de matas em prejuízo de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos idealizadores de loteamentos irregulares na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as residentes na área de preservação. No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele em detrimento deste quando impossível a conciliação de ambos.

3. Não fere as disposições do art. 515 do Código de Processo Civil acórdão que, reformando a sentença, julga procedente a ação nos exatos termos do pedido formulado na peça vestibular, desprezando pedido alternativo constante das razões da apelação.

4. Recursos especiais de Alberto Srur e do Município de São Bernardo do Campo parcialmente conhecidos e, nessa parte, improvidos.

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 403.190 – SP (2001/0125125-0). Relator Ministro João Otávio de Noronha).

Embora o julgado tenha ocorrido à época da vigência do anterior código florestal, lei nº 4.771/65, a razão da sobreposição do direito ao ambiente ao direito à moradia continua válido por ser tratar de APP, ou seja, de área que exerce essencial função ambiental, como anteriormente já mencionado.

Conclui-se, por fim, que a norma infraconstitucional que prescreve a forma de efetiva proteção do ambiente, e juntamente o que se proteger, não possui qualquer inconstitucionalidade por limitar o direito fundamental à moradia, além da própria limitação da propriedade privada. A limitação emprehada pela norma encontra pertinente respaldo em exame de proporcionalidade e interpretação sistemática da Constituição Federal.

A lógica apresentada possibilita que os casos concretos, que são complexos por envolver questões sociais, sejam analisados sob o ponto de vista da essencialidade e funcionalidade do local, já numa percepção em que se aceita a legalidade e a pertinência da restrição imposta pela norma infralegal ao direito fundamental da moradia.

Sem a pretensão de exaurir o tema, nos casos de moradias já consolidadas em áreas de proteção permanente, a funcionalidade e a possibilidade de recuperação da área degradada é essencial para a tomada de decisões. Verificado a impossibilidade de recuperação da área e que no estado atual não é possível mais exercer a função que deveria, a remoção das moradias não deve ser cabível. Noutro extremo, se possível a recuperação da área, deve haver a desocupação do local.

A análise tão somente das moradias e o impacto que provoca para a funcionalidade da APP, ou seja, a verificação se a perda da área protegida resultou em prejuízo efetivo para a função que exerceria naquele local deveria ser descartado, posto que as pequenas alterações poderiam não provocar grandes problemas e a compreensão disto como permissivo para a permanência das moradias acarretaria precedente perigoso para a proteção de áreas.

Por fim, conclui-se que as regras que prescrevem exceções à proteção ambiental deve ser analisada *in loco*, no caso concreto, para que verifique o real cabimento da exceção, não a tornando lugar-comum dos conflitos dos direitos.

Considerações finais

Considerando a redação Constitucional, os direitos fundamentais à moradia e ao ambiente ecologicamente equilibrado encontram-se em perfeita simetria. Tanto um como outro possui área de proteção similar à área de regulamentação, posto não haver nenhuma restrição constitucional à efetivação de tais direitos; em abstrata e isolada análise, a efetividade de tais direitos não encontram qualquer óbice de colisão.

Entretanto, o adensamento normativo de tais direitos fundamentais acaba por suscitar colisões; uma norma infraconstitucional ao pretender limitar, ou ser utilizada como razão de limitar, determinado direito fundamental fundamentado noutro direito fundamental acaba por criar um conflito que deverá ser solucionado pelos critérios de interpretação sistemática da Constituição e o critério da proporcionalidade, que acabam por fornecer os elementos necessários para o exame de constitucionalidade.

O critério da proporcionalidade, baseado na verificação da licitude do propósito perseguido, licitude do meio utilizado, da adequação do meio utilizado para o fim pretendido e a necessidade do meio utilizado para o fim buscado e, ainda, se é o único meio proporcional para atingi-lo, fornece os elementos necessários, além da interpretação

sistemática da Constituição, para a definição da constitucionalidade da norma e, sobretudo, sua constatação baseada em critérios estabelecidos de modo a afastar a possibilidade de arbitrariedade e usurpação da competência legislativa pelo Poder Judiciário, mesmo que sob forma não intencional.

Compreende-se disto que os conflitos entre direito ao ambiente ecologicamente equilibrados e o direito à moradia decorrem de normas infraconstitucionais, que necessitam passar por um critério de solução com base em parâmetros pré-determinados, a fim de atestar a constitucionalidade da norma. Posteriormente, em análise do caso concreto, essencial a verificação da situação atual do conflito, tanto da moradia quando do ambiente em questão. A proteção do ambiente deve ser sempre a regra (conforme as normas), evitando que as exceções sejam precedentes de permissibilidade.

Referências

- Antunes, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 403.190 – SP (2001/0125125-0). Relator Ministro João Otávio de Noronha.
- Brasil. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.
- Brasil. Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente nº 237, de 19 de dezembro de 1997.
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Brasil. Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente nº 1, de 23 de janeiro de 1986.
- Brasil. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.
- Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.

- Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 20ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p 321.
- Milaré, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.